POR

EL CONDE DE BELCHITE DON PEDRO LVIS FERNANDEZ de Hijar.

CON

EL MARQVES DE CAÑIZAR Y SAN FELICES, Don Ioseph Berenguer de Bardaxi, por si, y como marido, y conjunta persona de Doña Francisca de Moncayo y Bolea, y como padre, y legitimo administrador de D. Ioseph Lorenço Berenguer de Bardaxi.

SOBRE

La Encomienda Mayor de Montalvan de la Orden de Santiago.

1 ESte pleito le ha introduzido el Marques de Cañizar, pretendiendo que no se dè cumplimiento a la gracia, y merced, que su Magestad se ha seruido de hazer al Conde de Belchite desta Encomienda, y pide, que se declare, deuerse despachar titulo della en su fauor.

2 El Conde de Belchite suplica, que sin embargo deste intento, y contradicion, se execute la gracia, y merced que tiene: y porque su clara justicia consta del hecho cierto deste negocio, se referirà con breuedad, haziendo algunos supuestos para su inteligencia.

3 Lo primero se supone, que auiendo muerto el Conde de Belchite, padre desta parte, Comendador mayor de Montalvan, en 24. de Enero de 662. como consta de la fee que està en estos autos: y auiendo muerto tambien en el mismo dia el Marques de Osera, futurario desta Encomienda, como tambien consta de fee presentada; su Magestad a consulta del Consejo de Aragon, hizo della merced al Conde don Pedro, por los seruicios de su padre, y le despachò cedula en 13. de Agosto del mismo año, para que el

Consejo de las Ordenes hiziesse las informaciones, y despachasse titulo del Abito de Santiago al dicho Conde, por auerle su Magestad hecho merced desta Encomienda, de que resultò la introduccion deste pleito.

4 Suponese lo segundo, que su Magestad por cedula despachada, en Madrid a 8 de Enero de 1647. refrendada de D. Fernando Ruiz de Contreras, hizo merced al Marques de san Felices de la futura sucession de la primera Encomienda que vacasse, de tres que la cedula refiere, que son, la Encomienda mayor de Montaluan, la del Fradel; ambas de la Orden de Santiago: y la de Molinos, y Laguna Rota de la Orden de Calatraua, cumplidas las futuras que dellas estauan dadas: y con calidad, que si dicho Marques no llegasse a gozar dicha Encomienda, por no vacar en su vida, tuuiesse la merced efecto en vno de sus hijos, el que nombrasse para despues de sus dias: y que a el, ò al tal hijo que nombrasse se le despachasse titulo, y cedula para que la gozassen: la qual cedula esta en el pleito, *fol. 56.*

5 Lo tercero se supone, que dicho Marques de S. Felices por su testamento que otorgò en 12 de Março de 1657. por vna clausula en que dixo: *Item atendido, y considerado que la Magestad del Rey nuestro Señor, me hizo gracia, y merced de la futura sucession de Comendador mayor de la Encomienda de Montalvan, sitiada en el presente Reyno de Aragon, con facultad de poder disponer de aquella en vida, ò en muerte, en la forma que me pareciere, segun consta, y parece por su Real despacho, el qual quiero aqui auer, y he por inserto, repetido, y calendado deuidamente, &c. Por tanto vsando de dicho poder, y facultad en aquellas mejores via, modo, formanera, que hazerlo puedo, y deuo, dispongo, y disposicion valida, y eficaz hago para despues de mis dias, y vida natural de dicha futura sucession de dicha Encomienda Mayor de Montalvan en el dicho don Ioseph de Belenguer de Alagon, antes de Bardaxi, Bermudez, y Castro, para que su Señoria, siempre, y quando llegare el caso la goze, y possea con todos aquellos honores, rentas, titulos, prerrogatiuas, prouentos, y emolumentos, que los señores Comendadores mayores, que han sido de dicha Encomienda mayor de Montalvan mis antecessores han tenido, y podido, pueden, y deuen gozar, &c.*

6 Lo quarto se supone, y es llano en el pleito, que dicho Marques de Cañizar casò con Doña Francisca de Moncayo y Bolea, hija del Marques de san Felices, a quien estaua hecha la merced, y que

que D. Ioseph Lorenço Berenguer, a quien han tenido por su hijo deste matrimonio, no era nacido quando murio su abuelo el Marques da san Felices, porque auiendo muerto el año de 57. por Março, nacio el nieto en 11. de Agosto de 1658 como consta de la Fè de Baptismo, presentada en los autos.

7 Esto supuesto, el discurso deste pleito ha sido, auer presentado el Conde de Belchite su cedula, y genealogia, pidiendo se le despachassen informantes: tener dello noticia el Marques de Cañizar, y hazer contradicion, pidiendo, que los papeles se traxessen a justicia, y que oyendole en ella, se retuuiesse la gracia, y merced desta Encomienda, hecha a fauor de dicho Conde de Belchite, y que se declarasse pertenecerle a èl, en virtud de la cedula de futura, despachada a fauor de su suegro, y nombramiento que hizo en su persona, ò como marido de su hija vnica, y heredera vniuersal de dicho Marques, y comprehendida en la merced que a èl se le hizo, dandole la administracion a dicho Marques de Cañizar, como su marido, ò despachandole el titulo. Y quādo esto no huuiesse lugar, se declarasse tocar a su hijo, como nieto de dicho Marques difunto.

8 El Conde de Belchite alegò, pretendiendo que se mandasse correr su despacho, sin embargo de la pretension contraria, por ser su gracia perfecta, hecha en tiempo habil, y auersele adquirido, y no tenerle dicho Marques de Cañizar, por ninguno de los medios que propone.

9 Quando el Marques de Cañizar presentò sus papeles, y dio memorial, pidiendo se le despachasse titulo desta Encomienda, por el nombramiento de su suegro, se mandaron lleuar al señor Fiscal, que contradixo el despacho, por dos razones; vna, porque segun establecimiento de la Orden, estaua prohibido el darse futuras de Encomiendas, y priuado por aquella vez quien las obtenia. Otra, porque la gracia, y merced que su Magestad hizo al Marques de san Felices, fue, que pudiesse nombrar vn hijo, y que esto no executò nombrando yerno. Y concluyò, que no tenia titulo, ni derecho para lo que pretendia, y que se le auia de denegar. Y estos autos se juntaron con los del pleito entre partes, en el qual aunque pidio prueua, por autos de vista, y reuista està reseruada para difinitiua, y el pleito se concluyò, y està visto para determinar con los papeles referidos.

10 Supuesto lo qual, para manifestar la justicia, y pretension del Conde de Belchite, se diuidirà este papel en tres articulos; en el

pri-

primero se fundarà, que la Encomienda mayor de Montalvan vacò legitimamente, por muerte del Cõde de Belchite, padre desta parte, sin embargo de las futuras que estauan concedidas del Marques de Osera, que murio el mismo dia; y al Marques de san Felices, q̃ ya era muerto, por ser estas contra derecho, y establecimiento de la Orden, y no auerseles adquirido derecho alguno a los futurarios; y consiguientemente, que su Magestad pudo hazer merced della, como de vacante.

En el segundo se probarà, que aun en caso de auer tenido consistencia las futuras referidas, estaua ya extinguida, y caduca la gracia y facultad, concedida a dicho Marques de S. Felices, por no auer vsado, ni podido vsar della legitimamente: y debuelta enteramente a su Magestad la facultad de poder nõbrar por este lado.

En el tercero, que tiene titulo legitimo, y claro el Conde de Belchite, y que deue obtener en este juizio, en competencia del Marques de Cañizer, que no tiene titulo alguno, ni por si, ni por la Cõdesa de san Felices su muger, ni por su hijo, y necessitaua de tenerle euidente para vencer.

ARTICVLVS PRIMVS.

Que la Encomienda mayor de Montalvan vacò legitimamente por muerte del Conde de Belchite, padre desta parte, sin embargo de las futuras, que estauan concedidas a el Marques de Osera, que murio el mismo dia, y a el Marques de san Felices, que ya era muerto, por ser estas contra derecho, y establecimiento de la Orden, y no auerseles adquiripo derecho alguno a los futurarios; y consiguientemente, que su Magestad pudo hazer merced de ella, como de vacante.

11 En su Magestad, como Rey, y señor natural nuestro, y como administrador perpetuo de las tres Ordenes Militares, de Santiago, Calatraua, y Alcantara, en quien residen la jurisdiccion, y derechos de Gran Maestre dellas, se consideran dos potestades; vna de Rey, y señor soberano, de que no se puede disputar, quia ad instar sacrilegij esset, como dixo la *l. disputare, C. de crimi. sacrileg.* ni se le puede dezir, cur ita facis? *Bald. in l. impetra, C. senten. rescin. non posse*, Capicc. Galeo. *respon. Fisca. 23. n. 1 cũ alijs.* Otra de Gran Maestre, la qual Dignidad es de Prelado Ordinario inferior a Papa, como notò *Nauarr. in apolog. de reditib. q. 1. monit. 56. num. 8.*

12 Y estas dos Dignidades residen, æque principaliter en su

Real

Real persona, de manera que lo que obra como Administrador perpetuo de las Ordenes, no lo dispone como Rey, y Señor natural, vt notarunt *Barbos. in l. quia tale 7. n. 95. & 96. ff. solut. matrim.* Gama *decis. 353. num. 3.* Y generalmete lo dixo cerca de los titulos, que æque principaliter resident *Mari. Cutell. tom. 2. decis. 18. in tot.*

13 Lo qual procede, por la razon que diò la *l. tutorem, ff. de his quib. indig.* ibi: *Discreta sunt iura, quamuis plura in andem personam euenerint, l. si pater, §. qui duos, ff. de adoptio.* ibi: *Facit enim hoc quasi quilibet non quasi auus, l. debitor, §. fin. ff. ad Trebell. l. tutor petitus, §. quæ tutoris, ff. de excusatio. tutor.* ibi: *Cum iudicium patris, vt filius, non vt tutor promeruerit, l. profectitia, §. Papinianus, ff. de iure doti. l. item eorum, ff. quod cuiusque vniuersita. nom.* Bart. *in l. si mihi, & tibi 12. num. 4. ff. de leg. 1.* Pinel. *in l. 1. part. 3. n. 73. C. de bonis mater.* Surd. *cons. 300. num. 13.* Alex. Ludouis. *decis. 253. num. 8 & decis. 531. num. 7.* Farin. *decis. 367. num. 1.* Marquesa. *de commissio. tit. de signatu. gratiæ, part. 1. cap. 2.* Gratian. *discept. 111. num. 13.* D. Solorçan. *tom. 1. lib. 2. cap. 21. num. 6.* D. Salgad. *de retentio. 2. p. cap. 15. num. 32.*

14 Desta consideracion resulta la inteligencia de las futuras de Encomiendas, y la nulidad destas gracias; y el derecho, y las leyes preuienen, y mandan, que a las que se expidieren por el Principe contra la disposicion legal, no se les dè cumplimiento, porque se supone obtenidas con importunidad, y por otros medios, que contienen vicios de obrepcion, y subrepcion: y esto fue lo que dixo el *text. in cap. cum in iuuentute, de purga. canon.* ibi: *Compulsi fuimus non iuris necessitate, sed importunitate petentium.* Y la *l. 1. C. de petitio. bonor. sublata,* ibi: *Increpanda quorum dum inhiatione constringimur,* y la *l. 1. tit. 14. lib. 4. Recopil.* ibi: *Por importunidad de algunos, l. 2. & 3. d. tit. 14.* cuyo epigraphe es, *de las cartas, y prouisiones del Rey contra derecho, y en perjuizio de partes;* y en siendo desta calidad, se presumen obtenidas con vicios de obrepcion, y subrepcion, y contiene nulidad, y dispone el derecho, que no se executen, *cap. super litteris, cap. postulasti, cap. ad aures, cap. ad audientiam de rescript. Clementi. 1. de præbend.* D. Couarr. *1. variar. cap. 20. num. 5.* D. Valenç. *cons. 160. num. 13.* D. Larrea *alleg. 91. à num. 1. & alleg. 115. à num. 2. & 5. & allega. 119. num. 7.* con otros muchos Doctores, que cada passo tocan el punto.

15 Esto prueba, que aunque su Magestad aya hecho merced de futuras sucessiones de Encomiendas, a los que con importuni-

dad instaron en conseguirlos, *importunitate petentium*, como dixo el texto, y con demasiado anhelo las consiguieron, *increpanda quorundam inhiatione*, como dixo la otra ley, que se han citado; si aora se dize de nulidad contra estas gracias, no por esso se falta a la deuida reuerencia, y obsequio que se ha de tener a los mandatos, cedulas, y prouisiones de su Magestad. Y assi el señor Fiscal deste Cōsejo, como tan gran Letrado, y atento Ministro, reconociendo, q̃ la voluntad de su Magestad siempre es, que se guarde el derecho, leyes, y estatutos, se opuso a la pretension del Marques de Cañiçar, diziendo, que la gracia de su suegro auia sido nula, contra derecho, y establecimientos de la Orden, y que nunca se deuiò executar.

16 Esto mismo se dize por nuestra parte, y se prueba, porque conforme a derecho, estàn prohibidas las futuras sucessiones, y dispuesto que sean nulas, y de ningun valor, y efecto, maximè in rebus spiritualibus, seu Ecclesiasticis; y esto propter votum captandæ mortis, *cap. 2. de concession. præb. cap. ne captandæ, eod. tit. in 6. cap. accepimus, de pactis*, cum alijs, *Concili. Tridenti. sess. 24. cap. 19. & sess. 25. cap. 19. de reform.* En oficios *l. 13. tit. 10. lib. 5. Recopil. l. 3. tit. 3. lib. 7. eod.* En herencia futura, *l. fin. C. de pactis, l. quidem, §. fin. cum l. seq. ff. de donatio. l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obliga.* latè Gonçal. *in reg. 8. §. 1. proœm. num. 57.* Cabe. *de patrona. Reg. Coronæ, cap. 15. num. 6. & dec. 91. num. 4. part. 2.* Fontanel. *decis. 212. in to. & à num. 5.* D. Solorçan. *tom. 2. lib. 2. cap. 6. n. 20.*

17 Y aunque se ha disputado entre algunos Doctores, si las Encomiendas de las tres Ordenes Milatares son Beneficios propiamente Eclesiasticos, ò Preceptorias; y algunos dixeron ser Preceptorias, y no propiamente Beneficios Eclesiasticos, que fueron *Corneo, Mandos. Petr. Greg. Cabed.* que refiere *Barbo. de iure Ecclesiasti. lib. 3. cap. 7. num. 9.* sin embargo la resolucion contraria, y que sean Beneficios Eclesiasticos, es mas firme, y corriente, vt comprobant *Nauarr. de redditib. Ecclesiast. quæst. 1. monito. 54. n. 6. & quæst. 3. num. 57.* Flamin. Paris. *de resigna. part. 1. cap. 4 num. 6.* Açor *institutio. morali. part. 2. lib. 3. cap. 26. quæst. 9.* Marta *de iurisdictio. part. 2. casu 32. num. 22. & part. 4. casu 24. num. 26.* Mendez de Castro *in praxi Lusita. lib. 2. cap. 1. num. 10.* Mota *in tract. de confirmat. Ordin. S. Iacobi lib. 2. cap. 2. §. 10. n. 4.*

18 Y esta es clara inteligencia, porque de las Encomiendas q̃ se dan a los Caualleros desta Orden, se les haze colacion, y canonica institucion, como de los Beneficios Eclesiasticos a los Clerigos: assi

afsi lo difpone el eftablecimiento de la Orden, *tit.* 15. *de los Comendadores, cap.* 5. donde fe dà la forma de la colacion, y Canonica inftitucion; y fe manda que la haga vn Freyle de la Orden, Clerigo, q̃ fea, ò Capellan de fu Mageftad, ò Conuentual, ò Beneficiado. Luego no fe puede dudar, que las Encomiendas fean propiamente Beneficios Eclefiafticos, y que la Orden los tenga por tales, pues no fe pueden poffeer fin colacion, y Canonica inftitucion. Y efte fundamento no le han reparado los Doctores que han difputado la queftion: y los que han fido de fentir, que las Encomiendas no fon propiamente Beneficios, fe mueuen por dezir, que los Caualleros de eftas Ordenes no fon propiamente Eclefiafticos, porque fe pueden cafar, y porque no profeffan pobreza, ni guardan obediencia. Siendo afsi, que cerca deftos tres puntos hazen voto efpecial, como fe difpone en la regla de la Orden, *cap.* 20. ibi: *Sean obedientes a fu Maeftre en todas, y por todas las cofas. Los que huuieren mugeres guarden caftidad conyugal, y los que no las tuuieren viuan caftamẽte. Ningun propio tengan, ni retengan cofa alguna, faluo lo que por el Maeftre, ò por el Comendador les fuere concedido.* Y lo mifmo fe eftablece *tit.* 5. *c.* 2. ibi: *Quando los Caualleros hazen profefsion expreffa, votã tres votos, obediẽcia, pobreza, y caftidad cõyugal.* Y fe refiere en la Bula de la inftitucion de la Orden, de Alexandro Tercero, que fe pone al principio de los Eftablecimientos. Y la opinion mas legales, que fon propiamente Religiofos, porque guardan los votos, fegũ fu inftituto, vt cenfent DD. quos refert *Carleual de iudiciĳs tit.* 1. *difp.* 2. *quæft.* 6. *num.* 415. Y por effo dixo *Rodrig. qq. regulari. tom.* 1. *quæft.* 15. *art.* 2. que filij equitum Militarium profefforum, habitum extra matrimonium, funt fpurij, & refert *Curia Philip. tom.* 1. *part.* 1. *Iuicio ci il*, §. 2. *num.* 22.

19 Y aunque el *P. Mendo de Ordinib. Militarib. difquif.* 1. *quæft.* 14. *num.* 254. fe incline, a que propiamente no fon Beneficios Eclefiafticos, porque non conferuntur propriè perfonis Eclefiafticis, y que tengan Orden Eclefiaftico, como fe requiere para la colacion de los demas Beneficios; fe excluye fu inteligencia. Lo primero, con que en el fentido que los Beneficios Eclefiafticos, quæ conferuntur Clericis, lo fon, no fe dize que fean Beneficios Eclefiafticos las Encomiendas, fino en otro diuerfo, y es, que conferuntur a Caualleros Profeffos de la Orden, fiendo eftos propiamente Religiofos, como eftà dicho: Rurfus, porque a eftos fe les haze colacion, y Canonica inftitucion, como lo determina el eftablecimiẽto. Item, porque fe componen de rentas dezimales, que fe pagan

a la Iglesia por la administracion de los Sacramentos. Y assi la Encomienda es Beneficio Eclesiastico en su genero, con toda propiedad, el qual aunque no requiere Orden, pero requiere Religion, y professsion, y dèl se haze colacion, y Canonica institucion; itaque iuxta naturam rei dicitur Beneficium Ecclesiasticum huius generis, y es quid oppositum ad bona temporalia.

20 Deinde, esto q por disposiciō de derecho es llano se halla dispuesto por el Establecimiento de la Orden, por el qual, nò solo se prohibe el darse estas futuras, pero al que las impetrare se le priua, por aquella vez de la Encomienda, *vt in tit. 15. de los Comendadores, cap. 2. ibi: Otrosi mandamos, que qualquier Freyle de la Orden, que Benesicios, ò Encomiendas, ò Dignidades, Vicarias demandare, siendo viuos aquellos que las posseen, no las puedan auer, ni posseer por aquella vez, que las tales Encomiendas, Dignidades, Vicarias, ò Beneficios demandare.*

21 Y reconociendo su Magestad, que el conceder estas futuras de Encomiendas era contra derecho, y Establecimiento de la Orden, tiene acordado por consulta resuelta, que no se concedan semejantes futuras desde el año de 644. de las quales se ha tenido noticia, por lo que ha dicho el Consejo en los casos ocurrentes; y dello se puso testimonio en vn pleyto que se siguiò, sobre la Encomienda de Aguilarejo, de la Orden de Santiago, entre Don Luis Tomas de Contreras, Cauallero della, vezino de Iaen, y Don Fernando Garcia Rabanal, Cauallero de la misma Orden, como marido de Doña Maria Madalena de Quiñones.

22 Y sin embargo de auerse concedido algunas, por introducion, y por las instancias de los que las han pedido, auiendo tocado el punto, *D. Solorçan. de Indiar. Gubern. tom. 2.* y reconocido *n.* 37. esta introducion, para lo qual refiere a *Cabéd. de Patron. Reg. Cor. cap. 15. num. 15.* y a Reynoso *obseru. 1. num. 17.* en el *num. 18.* propone lo contrario con grauissimos fundamētos, que prosigue *nn. seqq.* ibi: *Sed quamuis hæc ita se habeant, ego tamen si quid in me esset authoritatis semper consulerem nostris pijssimis Regibus, vt raro huiusmodi spectatiuas, ne dum in his quæ aliquid Ecclesiasticum sapiunt, verum nec in nostris Commendis Indorum, vel alijs bonis, & officijs, etiam merè temporalibus concedant. Nam dato, quod in eisdem Regibus, nil turpe aut sinistrum circa votum captandæ mortis alienæ, suspicari liceat, nec debeat, in ipsismet tamen spectatiuis quis dubitat, quin hoc periculum vereri possimus.* Y lo va probando hasta el *num.* 44.

Y

23 Y para dexar la materia, sin duda dize en el *num.* 45. que no estan obligados, ni el Pontifice, ni el Principe sucessor a conseruar estas gracias de spectatiua, *ex cap.* 2. & 3. *de concess. preben. cap. penult. & fin. de preben. in* 6. y la razon que dà, es, que no resulta obligacion alguna de parte del que concede, por ser contra derecho estas gracias, ibi: *Vt nulla obligatio oriatur ex tali promissione, vtpotè contra ius facta cap. ex tenore, eod. tit. glo. verbo ministeria, in d. cap.* 2. & *facit tex in cap. non prestat, & in cap. quæ contra, de regul. iur. in* 6. &c. y lo prueua con muchas autoridades.

24 De que procede, que aunque el Marques de san Felices huuiera nombrado legitimamente, vsando de la facultad que se le concedio en la gracia, siendo esta nula, y contra derecho, no pudo consistir su nombramiento, y renunciacion, *ex l. cum tale, §. falsam causam, ff. de conditio. & demonstra. cap. cum Paulus* 1. *q.* 1. Socin *cons.* 164. *num.* 9. *lib.* 2. Cabe. 2. *p. decis.* 30. *num.* 5. porque el titulo en virtud de que auia de consistir el nombramiento, fue nulo, y està reduzido a no ser, y assi lo obrado en virtud del, es de la misma calidad, *ex l. si fullo, ff. de condictio. sine cau. l. Iulianus verum debitorem, ff. de condictio. in debi.* vbi glo. 1. *l. naturaliter, §. siquidem, ff. de prescript. verb.* Alex. *cons.* 206. *volu.* 6. Guido Pa pæ *singula.* 631. *vers. Quando causa*, D. Valenç. *cons.* 112. *num.* 93. & *cons.* 173. *num.* 20.

25 Y assi pudo su Magestad por muerte del Conde de Belchite, que era legitimo posseedor de esta Encomienda, hazer merced de ella a su hijo que oy litiga, por essa vacante, q̃ fue verdadera, y legitima, por ser nulas, y de ningun valor, y efecto las futuras concedidas, y no auerse adquirido derecho alguno a los futurarios, ni estar obligado su Magestad a conseruarles dichas futuras, como està fundado, pues aunque fuessen anteriores, la vacante sucedio por muerte del legitimo posseedor, y por esta se hizo merced al Conde su hijo, a que se ha de estar, *ex tex. in cap. susceptum, de rescript* ibi: *Cum non per resignationem vacauerit, sed per mortem:* y la razon que dan los DD. es, porque la vacante cierta se deue atender in beneficijs, & commendis, *Roman. cons.* 335. *num.* 11. Lancellot. *de attenta.* 2. *part. cap.* 10. *num.* 9. Paris. *de resign. lib.* 10. *q.* 2. *n.* 4. Meno. *de arbitra. casu* 201. *num.* 103. Garcia *de benefic. part.* 11. *cap.* 1. *num.* 8. D. Salga. *de protectio. part.* 3. *cap.* 10. *num.* 46. & 50. & *de retentio. p.* 2. *cap.* 12. *§. vni. num.* 15.

Que aun en caso de auer tenido consistencia las futuras referidas, quedò extinguida, y caducada la gracia, y facultad concedida al Marques de san Felices, por no auer vsado, ni podido vsar de ella legitimamente, y debuelto por este medio a su Magestad el derecho, y facultad de poder nombrar.

26 Quedò supuesto *num.* 4. & 5. que la merced que se le hizo al Marques de san Felices, fue, para que cumplidas las futuras, que en ella se refieren, la tuuiesse de vna de tres Encomiendas, la primera que vacasse, ò la Mayor de Montalvan, ò la de Fradel, de la Orden de Santiago, ò la de Molinos, y Laguna Rota de la de Calatraua: y se le dio facultad, para que no teniendo efecto en su persona la gracia, pudiesse nombrar en ella a vno de sus hijos, el que eligiesse; y que a este hijo se le despachasse titulo, quando llegasse el caso. Que en su testamento hizo relacion, que su Magestad le auia hecho merced de la futura de la Encomiēda Mayor de Mõtalvan, y dadole facultad, para poder disponer de ella en vida, ò en muerte, y que vsando dicha facultad, nombraua a D. Ioseph Berenguel de Alagon, que es el Marques de Cañizar, y san Felices.

27 Con que la duda primera viene a estar, en si este nombramiento es legitimo, y conforme a la facultad que tuuo el Marques de san Felices, porque como todos los actos humanos para su firmeza, dependen de potestad, voluntad, y modo, *cap. cum super Abbatia, de offic. deleg. l. si quæramus, C. de testam.* Baldus *in l. ex verbis, num.* 2. *C. de donatio. inter, & cons.* 326. *num.* 2. *volu.* 1. D. Moli. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 24. Castillo *to.* 2. *cap.* 26. *num.* 4. & *to.* 4. *cap.* 5. *in to.* D. Solorça. *to.* 2. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 86. D. Larr. *allega.* 69. *num.* 32. *cum alijs*, si la facultad que tuuo dicho Marques de S. Felices, no fue conforme a lo que executò, ni para esso, serà nulo el nombramiento, y sin efecto alguno.

28 Llano es por disposicion de derecho, que el que obra virtute facultatis alienæ, no ha de exceder de ella, y lo que obrare excediendo, serà nulo, *l. si procurator, C. de procurato. l.* 1. §. *igitur præpositio, ff. de exercito. actio.* ibi: *Vel contra modum egressus, l. emptor,* §. *Lucius, ff. de pact. l. diligenter, ff. mandati, l. si procurator in princip. & in* §. *Celsus, ff. de cōdictio. indebi.* ibi: *Nihil enim de eo nomine mandasse videtur; l. si de certa, C. de transactio.* Bald. *cons.* 402. *num.*

*num.3.lib.1.*Angel.*conf.338.num.2.*Manti.*de tacit. & ambig. lib. 7.tit 15.num.7.*Pine.*in l.2.C.de resciend.2.p.cap.1.num.* 18. Flores de Mena *ad Gamam decis.190.* Hermosi.*l.48.tit. 5.part.5.glo. 5. num.6.*D.Larr.*decis.86.à num.11.*D.Salga.*in laberin. 3.p. cap. 7. à num.12.cum aliјs pluribus.*

29 Y assi quando el Principe concede à vno facultad, para nombrar en oficio, ò en Encomienda à otro, no se dira nombrando por èl, sino por el Principe, como dixo el *tex.in Auth. de exhiben.reis, §.optimum,* ibi: *Secundum iussionem nostram hoc habeant, non tanquam paternam hæreditatem, sed tanquam imperialem munificentiam, l.vnum ex familia, § si de falcidia, ff. de leg. 2.* ibi, *non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est: quid est enim quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit,* & faciũt iura *in l.item eorum, §.si decuriones, ff.quod cuiusque vniuersita.nomi. l. apertissimi,* vbi glo. fin *C.de iudic.cap.litteris, de rescript cap.cũ aliquibus, eod.tit.in 6.*

30 Vt in terminis considerant *Aimon Craue.conf.122.num.3.* Tiraque.*de retractu, §.11.glo.6.num.15.*Menoch *de arbitr. lib. 2. casu 200.num.9.*Gutierr.*3.practica.quæst.55.num.15.*Pine.*in l. 2. C.de rescinden.p.1.cap.3.num.16.*Tell. Fernand *in l.29. Tauri, n. 11.*Lasarte *de decima venditio.cap.9.num.* 34. Sanch. *de Religio. statu lib.7.cap.5.num.42.*D.Valenç.*conf. 145. à num. 10. & in to.* D.Solorça.*to.2.lib.3.cap.15.num.8.*

31 Y la razon es, porque el que obra nomine alterius, solamẽte le tocan nudum ministerium præstare, *l. & licet, ff. de constitu. pecun.* & non ille, sed dominus videtur facere, *l. ei qui,* vbi Bald. *num.4 ff.quod cum eo,*Carol. Ruin.*conf.1.num.10.volu.1.*Ancharr. *conf.127.num.2.*Surd. *decis. 182. num. 16.* porque solo se atiende la persona, cuius nomine & auctoritate actus geritur, *l. fideicommissa, §.interdum, ff.de lega.3.*Barto.*in l.2.§. interdum, num. 2. ff. ad Tertylian.*

32 Y es may al intento lo que dixo *Ponte conf.109.num. 23. to. 2.* ibi: *Vnde si Rex concesit hæredibus per Ferdinandum eligendis, ille hæres à Ferdinando electus, à Rege dicitur electus: & in ipso priuilegio concessionis, videtur specificatus hæres seu successor: sicut quãdo testator instituit illum hæredem, quem codicillis fecerit, valet institutio; quia non in codicillis hæreditas datur, sed in testamento hæres datus videtur, certificatur tamen per codicillos, vt in l. asse toto, vbi Bald. & Ange. ff. de hæredib. institu.* Prueua lo mismo D. *Valenç. d.conf.155.n.14.35.& 36.*

33 De

33 De esto resulta, que el nombramiento que hizo el Marques de san Felices, en su yerno el Marques de Cañizar, fue nulo, ex defectus potestatis, porque siendo la facultad que tuuo, para nombrar vno de sus hijos, no pudo nombrar su yerno, que es persona estraña, ni tampoco pudo nombrar su hija, por no ser capaz, respecto de la Encomienda, ni estar comprehendida en dicha facultad, para nombrar hijo.

34 La prueua de esto es vna misma, porque appellatione *filij*, llano es, que solo se comprehenden ex proprio corpore nati, tali ter quod nec adoptiui veniãt in simili dispositione, *l. fideicommissum, ff. de conditio. & demonstra. l. si ita quis, § fin. ff. de lega. 2.* Paul. de Castro *cons. 30. in princ. lib. 1.* Tiraque. *in l. si vnquam, verbo susceptis liberis, n. 60. C. de reuocan. donatio.* Gail *lib. 2. obserua. 136 num. 13.* Manti. *de coniectur. lib. 11. tit. 8. à num. 2.* Peregri. *de fideicom. arti. 22. à num. 93.* Meno. *de præsumptio. lib. 4. præsumpt. 82. num. 8.* Fusari. *de substitutio, quæs. 316. à num. 1. cum alijs.*

35 Deinde, tampoco en este caso appellatione *filij*, se comprehendio la hija: lo vno, porque la palabra *hijo*, ex sui natura, solo comprehende varon, como la palabra *hija*, solamente comprehende hebra, *l. cum in adoptiuis, §. quæ in filio, C. de adoptio. l. iubemus, in fi. C. de proxi. sacro. Scrin. lib. 12.* y se prueua *ex l. pronuntiatio. §. familiæ el 2. ff. de verbor. signif.* que separadamente hablò de hijos, y de hijas. Y para que la palabra, *filius*, comprehenda las hijas, es necessaria interpretacion, y suplemento, que se funde en presumpta voluntad del que dispone, *ex l. insta interpretatione, ff. de verbor. signif.* glossa *in l. seruis legatis, ff. de lega. 3.* Bart. & Alberic. *in l. 1. ff. de verbo. signific.* Meno. *lib. 4. præsum. 84. num. 2.* Manti. *de coniectur. lib. 7. tit. 1. num. 19.* Decian. *cons. 7. num. 94 volu. 1.* Ioseph Ramon, *cons. 15. num. 23.* Castillo *lib. 5. cap. 66. num. 19.* por la razon que dio la *l. non aliter, ff. de lega. 3.* ibi: *Non aliter à proprietate verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, testatorem aliter censuisse*, vt notat *Alban. cons. 23. in princip.* Ramon *cons. 15. num. 24.* y por la *l. Lucius, §. quæsitum, ff. de lega. 3.* se necessita de prueua en contrario, ibi: *Nisi aliud sensisse testatorum probetur.*

36 Y assi resueluen los DD. ser necessario, que aya razon que mueua à esta interpretacion, ò por la sugeta materia de que se trata, ò por otra causa que lo persuada, vt notãt *Ruin. cons. 46. n. 4. lib. 2.* Parisi. *cons. 22. num. 41. & 43. lib. 3.* Meno. *cons. 95. num. 90. & 91.* & latè *cons. 204. à princip. & cons. 496. num. 35. lib. 5.* Ioseph Ramon, *d. cons. 15. num. 23.* ibi: *Præmittendum secundo, verbum filius*

lius *in hac clausula, de masculo tantum intelligi, nam masculinum, ex sermonis proprietate, fœmeninum non continet.*

37 Y con qualquier motiuo, ò conjetura, que resulte de la disposicion, para que la palabra *Filius* se deua entender de hijo varon, no se da extension a la hija hembra, *Deci. in l. 2. num. 98. ff. de regul. iur.* Hieron. Gratus *cons. 54. num. 25. & 26. volum. 2.* Rimin. *cons. 499. n. 73. volu. 5.* Goçadin. *cons. 80. num. 12.* que lo explicò bien con estas palabras, ibi: *Duplex invenitur restrictio; vna est quando verbum de suo proprio significatu comprehendit plura, & restringitur, vt non comprehendat nisi quædam, & ista dicitur vera restrictio: alia est, quando verbum ex sua proprietate non comprehendit nisi vnum, impropriè vero duo: nam si tunc reducatur ad vnum tantum, non dicitur restringi, sed propriè intelligi; prout est verbum* Filius, *quod naturaliter includit tantùm masculos, fœminas vero per extẽsionem; ideoque si ad masculos reducatur, non resultat eius restrictio, sed obseruantia proprietatis.*

38 Y tambien se considera otra resolucion de los Doctores, que dizen, que quando el Principe concede facultad, para que se nombre vno de los hijos del que tiene la facultad de nombrar, tunc no se entiende concedida para nombrar hija, ni el marido de ella, *Baldus in cap. ad audientiam, nu. 1. vers. Sane, in princip. de rescript.* Deci. *in l. fœminæ, num. 121. ff. de regul. iur.* Iason *in l. si quis id quod, limit. 4. ff. de iurisd. omn. iudi.* Cald. Pereir. *de nominatio. emphyteu. lib. 3. cap. 15. num. 21.* Cabe. *decis. 23. num. 11. part. 2.* Gratian. *discepta. 530. num. 28. & 29.* ibi: *Rex concedens alicui officium tabellionatus, cum facultate, vt post mortem suam nominet vnum filium, non intellexit, vt possit nominare filiam, tamquam illud non conueniat fœminæ, quamuis etiam vellet virum accipere qui esset capax dicti officij per quem posset deseruire, & huiusmodi munus expedire: cum etiam in materia officiorum masculinum non comprehendat fœmeninum.*

39 Porque aunque en materia indiferente, pudiera admitirse la extension, y que masculinum conciperet fœmeninum, secus vero quando la disposicion nò se ajusta a la hembra, como al varon, & adest diuersa ratio, *Rebuf. in l. 1. ff. de verbor. signif. vers. Primò perdit officium, & in l. iusta interpretatione, vers. Tertiò non procedit, ff. eod.* Tiraque. *de retract. §. 1. glos. 9. num. 197. & 205.* Mieres *de maiora. 2. part. quæst. 6. num. 9. & 10.* Casti. *tom. 5. cap. 66. num. 21.* Maximè, si la extension se quiere hazer en perjuizio de tercero, tunc se ha de estar al natural significado, vt dixit *Rebuf. in d. l. 1.*

 vers.

verſ. Quod eſt intelligendum, Barba. *conſ.* 57. *colu.* 4. *verſ.* 2. como ſi ſe le concediera a vno facultad, y priuilegio filios legitimandi, non comprehenderet filiam, ſi reſultara præiudicium tertij, *Iaſon in l. beneficium, ff. de conſtit. Princip.* Deci. *conſ.* 473. *Conſultum, num.* 1. & 2. Curti. *conſ.* 9. *circa fin. verſ. Adhac etiam*, Goçadi. *conſ.* 71. *col.* 3. *num.* 6.

40 Con lo qual, ſiendo la facultad, que tuuo el Marques de San Felices para nombrar vno de ſus hijos, y auiendoſe vſado en ella, mas adelante de la palabra *Hijo* en ſingular, no pudo adelantar ſu comiſsion a nombrar al yerno, ni tampoco pudiera nombrar la hija, por no ſer capaz de Encomiendas, ex propria natura rei, y es reſolucion de los Doctores, que quando ſe vſa de la palabra *Hijo* en ſingular, es limitada, ad filium maſculum eligendum, *Coſta in cap. ſi pater, verbo Vtrumque, num.* 1. *de teſtam*, Valaſc. *de iure emphyteu. quæſt.* 41. *num.* 3. Barbo. *de appella. verbor. ſignifi. tit.* 99. *n.* 51.

41 Y por eſta razon, aun quando la facultad ſolo fuera ad nominandum, ſeu eligendum quemlibet ex deſcendentibus in officio, ò en otra coſa de que la hembra no es capaz, no ſe le pudiera nombrar, *Ponte de poteſta. Prorreg. in tit. de diuerſ. prouiſsio. Sub cap. de poteſta. ſubſtitu. in offic. num* 4. Fragoſ. *de regimin. nu.* 10. *in fine, fol.* 602. Paſchali *de virib. patr. poteſta. part.* 4. *cap.* 9. *nu.* 54. ibi: *Hinc eſt, quod ſi Rex concedat alicui pro ſe, & ſuis deſcendentibus aliquod officium, cuius exercitium fœminis non conueniat, tunc conceſsio reſtringitur tantum ad maſculos.*

42 En los miſmos terminos *Mari. Giurb. obſerua.* 110. *à num.* 15. donde propone la queſtion, *fœmina in publicis officijs an ſuccedat, vel nominari à patre poſsit, cui hæredem vnum nominandi facultatem Rex dedit.* Y pone la opinion de algunos que dixerõ, que in fœudis in quibus fœmina eſt habilitata ſe le podia nombrar. Y en el *nu.* 16. pone lo contrario, con muchos Doctores que cita. Y en el *num.* 17. reſponde a los fundamentos contrarios, ibi: *Non obſtat ratio quam citat Monta. d. num.* 15. *quod fœmina habilitata ad feuda ſit officiorum capax, quia reſpondet Nouari. deciſ.* 70. *num.* 9. *quod cõceſſa nominandi poteſtate in officio, fœmina nominari prohibetur, cum excluſa ſit, tum de iure, tum ex rei qualitate: & nominãdi facultas data intelligitur iuxta actus naturam, & ſecundum iuris formam, l. ſi vno, ff. locati, Angel. l. ſi quãdo, ff. de inofficio. teſtam. Roman. conſ.* 208 *num.* 18. *ſpeciali ergo eget priuilegio, Frecia de ſub feud. quæſt.* 50. & 54. & *ſemper cum ſua propria natura conceſſa intelligitur, quæ alterata non præſumitur, niſi expreſſe fuerit dictum,*

cap.

cap. 1. de feudo non hab. propr. natur. feu. Ponte decis. 28. num. 9. Strictius proceditur in officijs quam in feudis, latè Robit. decis. 72. num. 7. &c. Y en el *num.* 18. dize: *Amplia primò, officium concessum pro se, & hæredibus suis, quibuscumque, aut cum facultate relinquendi cui voluerit, non transeat ad filiam fœminam, Freccia d. lib. 2. quæst. 54. Tapia d. cap. 3. num. 54. & 56. Fontane. decis. 253. num. 15. Gratian. discepta. 530. num. 28.*

43 De todo lo que se ha discurrido en este punto viene a resultar, que el Marques de San Felices no pudo nombrar a su hija en esta futura, porque como se fundò *art.* 1. las Encomiendas son Beneficios Eclesiasticos, de las quales no son capaces las mugeres, quia cum non sint capaces Ordinis Eclesiastici, *cap. 1. in princ. 15. quæst. 3. cap. vxoratos in fin. de conuers. coniugato*, glos. *in cap. Diaconissam 27. q. 1.* & ex D. Thoma, & alijs, comprobant *Campani. in diuerso. iur. Canoni. rubri. 11. cap. 2.* Suar. *de censu. disp. 51. sect. 2. in pricip.* latè Barbos. *de iure Eccles. lib. 1. cap. 33. à num.* 83. Inde est, quod nec Benefici Ecclesiastici sint capaces, cum absque ordine beneficia non possint conferri, *cap. cum contingat, de æta. & qualita. ordin.* Vbi notant DD. *Couarr. in cap. quia nos, de testam. num.* 4. Gregor. Lopez *in proœm. tit. 6. part.* 1. Garcia *de benefic. tom. 2. part. 7. cap. 1. à num.* 1. Et ideò sæculares non sunt capaces, vt illa obtineant sed solum Ecclesiastici, *cap. ex literis, de transactio. cap. cum adeo, de rescript. cap. 2. de institutio.* in cuius repetitione plures refert DD. Barbos. & de vniuerso iure, *lib. 1. cap. 39. in princip. num. 16. & lib. 3. cap. 13. num.* 159. Vnde resultat, que las mugeres no sean capaces de las Encomiendas de las Ordenes Militares, como en terminos lo fundò el *P. Mendo de Ordinib. Militarib. disquis. 10. quæst. 2. nu.* 14. donde refiere, que sino es por dispẽsacion de su Santidad, y dandose vn Administrador Cauallero de la misma Orden, no pueden gozarlas, y entonces solo gozan los frutos, sacando lo que se dà al Cauallero Administrador, sin que ellas tengan exercicio alguno de jurisdicion, ni titulo de la Orden. Y assi, como segun las doctrinas referidas, y disposicion de derecho, la facultad concedida para nombrar hijo, no comprehende la hija, maximè in officijs, de que ella no es capaz, no lo siendo de la Encomienda; por ser Beneficio Eclesiastico, de què tampoco es capaz, no puede comprehenderse en la facultad.

44 Y disputando la question en Encomiendas de Indios, *D. Solorç. de. Indiar. Gubern. lib. 2. cap. 5. à num.* 37. fundò, que conforme a derecho, por no ser capaces las mugeres de la proteccion de

In-

Indios, q̃ toca al Comendador, no lo eran de las Encomiendas, como ni tampoco de los feudos Militares: y aunque concluyò, diziendo, que esto se auia templado con el tiempo, dandose Encomiẽdas a mugeres, despachandose el titulo en cabeça de sus maridos, por las vidas dellas: y q̃ despues se introduxo el despacharles los titulos a ellas mismas, nombrando persona que siruiesse. Esta introducion que en Encomiendas de Indios puede correr por voluntad de su Magestad, no se puede aplicar a las Encomiendas de las Ordenes, en que por falta de capacidad no pueden entrar mugeres: y asi quando su Magestad suele alguna vez hazerles merced dellas, se nõbra Cauallero Professo de la Ordẽ, que la administre, acudiẽdo con cierta parte de frutos a la muger a quien està hecha la merced; y para esto es necessario dispensacion de su Santidad.

45 Pero no estamos en esse caso, sino en otro muy diferente, en que ni la facultad fue para nombrar muger, ni està nombrada la hija, y era necessario, que expressa, y especificamente, en la merced del Marques de San Felices, estuuiera dicho, que pudiera nombrar hija, para que esta obtuuiesse, mediante dispensacion, por ser materia extraordinaria, y contra la naturaleza de las Encomiendas, y necessitar de especial, y expressa disposicion, y ser cierto, conforme a derecho, que non comprehẽduntur in generali dispositione, quæ nota speciali, & expressione indigent, *l. apud Labeonem, §. Ait Prætor, ff. de iniurijs, l. 3. vers. Miratur igitur, ff. nautæ-caupo. stabul. l. 1. §. Dixerint, ff. de publica.* Oldra. *cons.* 185. *num.* 2. Craue. *cons.* 407. *num.* 32. *vol.* 3. Gratian. *discepta.* 546. *num.* 29. Iacob. de Nigris *in l. 1. §. de pupillo, ff. de constit. pecun.* Sixtin. *de regalib. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 59.

46 De lo discurrido hasta aqui en este articulo, resulta la nulidad del nombramiento que hizo el Marques de San Felices en su yerno el Marques de Cañiçar, porque siendo su facultad limitada para nombrar vn hijo, obrò sin ella, nombrando yerno, que no fue capaz de comprehenderse en el nombramiento ex defectu potestatis; comprobant *Sforcia decis.* 72. *num.* 8. Marescot. 1. *variar. cap.* 2. *num.* 11. & 12. Giurba *de feud. in prælud. num.* 33. *pagi.* 66. Fontanel. *decis.* 263. *num.* 6. Duran. *decis.* 251. *num.* 11. & 12. Marin. *lib.* 1. *cap.* 97. *num.* 20. & 21. & in facultate alienandi limitata ad vnum casum, quod non posit extendi ad alium, lo dixeron *Franch. decis.* 71. *num.* 17. Noguer. *alleg.* 19. *num.* 118. *ex cap.* 1. *§. etsi clientulus, de feu. alienatio.*

Lo

47 Lo mismo se prueua en terminos, del que tiene facultad eligendi vnum ex familia, que no puede nombrar estraño, y el nombramiento que hizieren en èl es nulo, *l. vnum ex familia*, §. *Rogo, ff. delega.* 2. Paul. Paris. *conf.* 44. *n.* 2. & *conf.* 62. *n.* 58. & 64. *lib.* 3. Soci. Iuni. *conf.* 251. *colu.* 2. *ver. Ex quibus lib.* 2. Menoch. *conf.* 497. *n.* 19. *lib.* 5. & *conf.* 1006. *num.* 35. *lib.* 11. Aluara. *de coniectura. men. defun. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 18. Fusari. *de substitutio. q.* 648. *n.* 1. & 2. Castillo *to.* 5. *cap.* 87. *n.* 33. & 34. donde lo prueua *ex D. Moli. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 13. & *lib.* 2. *cap.* 4. & 5. con varias doctrinas, y conclusiones suyas in his locis, donde tratò de esta materia de eleccion en mayorazgos. *Idem Casti. to.* 6. *cap.* 142. *num.* 22. Add. ad Molin. *d. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 4. & 5. *vers. Nec persona extranea*, Nogue. *allega.* 9. *n.* 72. & 74.

48 Con lo qual queda llano, que en fuerça del nombramiento, no tiene derecho alguno el Marques de Cañizar, ni puede participar de la merced de su Magestad, hecha al Marques de san Felices su suegro, ni hazer competencia al Conde de Belchite, que tiene merced hecha de esta Encomienda en tiempo habil, y consiguientemente por lo que toca a su persona, no puede embaraçar la execucion de esta gracia.

ARTICVLVS TERTIVS.

Que tiene titulo legitimo, y claro el Conde de Belchite, y que deuè obtener en este juizio, en competencia del Marques de Cañizar, que no tiene titulo alguno, ni por si, ni por la Condesa de san Felices su muger, ni por su hijo, y necessitaua de tenerle euidente para vencer.

49 En este pleito se pretende por el Conde de Belchite, execucion de vna gracia, y merced de su Magestad clara, sin embaraço, ni objeccion alguna: el Marques de Cañizar intenta, deuer gozar de la futura concedida a su suegro, contra derecho, con excesso notorio de la facultad; y dize, que quando no obtenga por si, se le ha de hazer la merced a su muger, dandole a èl la administracion de la Encomienda, ò por lo menos a su hijo, como nieto del Marques de san Felices: y estas dos pretensiones son tan sin fundamento, como la primera, y por ninguna dellas puede hazer cōpetencia al Conde de Belchite, que tiene por si la asistēcia, y disposicion de derecho, para la execucion de su gracia.

E 50 Prue-

50 Prueuase, porque esta merced se le hizo por vacante del vltimo Comendador su padre, por cuya muerte legitimamente vacò la Encomienda, y siendo gracia, y merced de su Magestad, hecha en tiempo habil, porque auia vacante, es llano ser executiua conforme a derecho, *ex l.1.ff. de constitutio. Princip. l.52. tit. 18. p.3. cap. si capitulo*, vbi glo. *verbo exequatur, & cap seq. de præb. in 6. cap. si quando, de rescript.* vbi notat Felin. *cap. volentes, de offic. lega.* Abb. *in cap. constitutus, 46. de appella.* Moheda. *decis. 35. prope fin. de renuntia. & decis. 13. vt lite penden.* Meno. *de adipiscen. remed. 6. num. 35.* Gonçal. *sup. regu. 8. glo. 9. in annotatio. num. 220.* Garcia *de benefic. 6. p. cap. 2. num. 140.* Arge. *de legiti. contradict. quæst. 2. num. 2. & quæst. 3. num. 1. & de acquir. poss. quæst. 8. arti. 1. à num. 2.* D. Salga. *de retentio. 2. p. cap. 34. n. 39.*

51 Y para impedir lo executiuo desta gracia, y merced, era necessario, tener el contradictor vn titulo claro, y manifiesto, exclusiuo del otro, no con los defectos notorios que se han opuesto, nulo, reprobado, y contra la disposicion de derecho; porque los de esta calidad no impiden lo executiuo de los rescriptos, y disposiciones claras, maximè quando los que hazen la contradicion, se fundan en defensas, y excepciones que miran à juizio de otra calidad, *ex l. 3. §. ibidem, ff. ad exhiben. l. si is à quo, ff. vt in poss ess. legato. l. ille à quo, §. si de testamento, ff. ad Trebell. l. vni. §. si de momēt. fue. appe.* glo. *in l. 2. verbo, quamuis, C. de edic. Diui Hadr. toll.* vbi Bald. *num. 42.* & Deci. *num. 20. & 43.* en Zuchard. *num. 162.* Gregor Lop. *in l. 27. tit. 2. p. 3. glo. 6.* Anton. Gom. *in l. 45. Taur. n. 122. & 145.* D. Moli. *lib. 3. cap. 13. num. 15.* Parladori. *lib. 2. quotidia. cap. 5. num. 25.* Menoch. *de adipisc. reme. 1. num. 102. & de retin. reme. 3. à num. 671.* & alibi pluries in remedijs, *Peregri. de fideicom. art. 48. num. 29.* Mieres *3. part. quæst. 15. num. 74.* Gratia. *discepta. 238. num. 2. & disc. 264. num. 40.* Arge. *de acquir. poss. quæst. 2. arti. 1. num. 46. & quæst. 3. art. 2. num. 154.* Casti. *lib. 3. cap. 24. à num. 92.* Carleual. *de iudic. to. 2. disp. 6. n. 37.*

52 El Marques de Cañizar por su derecho propio, y en virtud del nombramiento, que le hizo el Marques de san Felices su suegro, no tiene derecho para contradezir, ni impedir la execucion de la gracia, y merced, hecha en fauor del Conde de Belchite, como està prouado concluyentemente *arti.* 2. por no extender su facultad a poder nombrar persona estraña.

53 Deinde, no puede contradezir como marido, y conjunta persona de la Marquesa de san Felices, porque, ni ella tuuo nombra-

bramiento de su padre, ni se le pudo hazer, por ser la facultad para nombrar hijo, como persona capaz de Encomienda, no hija, que no lo era, ni se comprehendia iuxta subiectam materiam sub nomine filij, como se ha probado *sup. d. arti.* 2.

54 Resta solo ajustar, que no puede introduzir la contradiccion por su hijo, nieto de dicho Marques de san Felices Y esto es llano, porque quando murio el abuelo, no era nacido el nieto, ni nacio en mas de vn año, con que nec erat conceptus; y assi, ni le pudo nombrar, ni èl adquirir derecho alguno en la futura, porque para adquirirle, ò tenerle qualquiera per mortem alterius, ha de ser nacido, vel saltim conceptus in fauorabilibus tunc temporis, aliter enim si posteà concipiatur, vel nascatur, no se reintegra el derecho perdido, *ex regula tex. in l.* 1. § *si quis proximior, ff. vnde cognati*, cum similib. *D. Moli. lib.* 3 *cap.* 10. *in to.* Mieres *p.* 1. *q.* 2. *à n.* 62. & *p.* 2. *in præfatio. à n.* 46. Peregri. *de fideicomm. art.* 22. *n.* 73. P. Moli. *tracta.* 2. *disputa.* 634. Castillo *lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 163 & *cap.* 15. *in to.* & *à n.* 3. 13. & 53. Ceuall. *q.* 693, *n.* 23. Marta *de success. lega. p.* 1. *q.* 20. *art.* 13. *n.* 12. Griuell. *decis.* 108. Giurba *decis.* 76. *Thesau. lib.* 3. *q.* 84. vbi latè *Robles de repræsenta. lib.* 2. *cap.* 2. *à n.* 4.

55 Y assi no es necessario disputar la question, si el que tiene facultad de eligir vnum ex familia, sino eligiendo, sucedera èl a quien toca iura sanguinis, ex præsumpta voluntate testatoris, iuxta *text. in l. vnum ex familia*, §. *Rogo, ff. de lega.* 2. ibi: *Defuncto eo priusquam eligat, petent omnes, l. cum quidam, ff. eod.* ibi: *Idem ait, si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri*, D. Moli. *lib.* 2. *cap.* 43 *nu.* 41. vbi Add. *Surd. cons.* 264. *n.* 32. *lib.* 2. & *consil.* 369. *num.* 14. *lib.* 3. Fusari. *de substitutio. quæst.* 380. & 505. P. Moli. *disputa.* 593. *num.* 4. porque no estando nacido nieto al tiepo de la muerte de el abuelo, no adquirio derecho para la futura de dicha Encomienda.

56 Y aun quando el nieto fuera nacido, si el abuelo le dexara de eligir, y eligiesse al yerno, no siendo este capaz de la eleccion ex defectu facultatis, se defendiera justa, y legalmente, que el elector auia quedado priuado de la facultad de eligir, y que la eleccion, y nombramiento quedaua debuelto a su Magestad. Lo qual à fortiori procede en el caso como sucedio, pues siendo dicha facultad concedida para eligir vn hijo, eligio vn estraño, qui respectu facultatis fuit incapax vt eligeretur, & tunc electio debolutur ad Principem; quia cum pro illa vice priuetur facultate eligendi, *cap. cùm in cunctis*, §. *Clerici. cap. scriptum, de electio. cap.*

per-

perpetuo,eod.tit.in 6.Dom.Mol.*lib.2.cap.4.num.*38.Gratia.*discepta.*58.*num.* 11. Caldas Perei.*de potesta. eligen. cap.* 1.*num.* 60 cum alijs per *Barbos.de iure Ecclesiasti.lib.*1.*cap.* 19.*num.* 66. Inde est, quod deboluatur ad superiorem electio,seu nominanda *Innocen. in capite cum in nostris,num.* 1.*vers. Sed si talis electus de concess. præb.* quem ibi sequuntur *Ioan.Andr.n.*4. Abbas *num.*22.Mantica *decis.*158.*n.*1.Barbo.*d.cap.*19.*n.*75.

57 Y en todas materias de eleccion,quando el que tiene la facultad de eligir no elige,& transactum sit tempus, que es lo mismo que eligir extra facultatem, por ser acto nulo que no obra efecto,transacto tempore deboluitur electio ad alteram partem, segun la sugeta materia, *l. mancipiorum,ff.de optio.lega.cap.si pluribus in fi.de præben.in* 6.*cap.fin. in fi.* vbi glo. *verbo dumtaxat*, *de consuetudi.*Barto.*in l.eum qui certarum* 138.§.*cum pure num.*4.*ff. de verb.obliga.*Faber.*in l.cum quidam in fi.C.de verb.signifi.*Tiraque.*de retrac.*§.24.*glo.vni.num.*9.& 10. Alex.Ludouis.*decis.*316. *num.*1.& 2. Simon. de Præt. *de interpreta.vltima.volunta. lib.*1. *interpreta.*1.*dubita.*3.*solu.*4.*num.*20. Surd.*cons.*369.*num.*12. Gratian.*discepta.*239.*à num.*1.donde copiosamente prueua este punto,y dize,que procede en todas materias,*Carleual.de iudicijs tit.* 3.*disput.*3.*num.*49. D. Larr.*decis.*40.*num.*19.& *decis.*52.*num.*10. & 27.D.Salga.*in laberin.p.*2.*cap.*29.*num.*39.

58 Y se deue aduertir, que aunque se considere como no nõbrado el Marques de Cañizar ex defectu facultatis,no se podrà dezir,q̃ la Marquesa de san Felices,como hija del Marques, que tenia la futura,y facultad de nombrar en ella, deue suceder, porque aunque si fuera varon,se pudiera defender la materia, *ex d.l. vnum ex familia,*§.*Rogo,& d.l.cum quidam,ff.de lega.*2. no corre asi,por ser hembra, y no capaz de suceder en Encomienda, vt notauit *Giurba obserua.*110.*n.*12.*in fi.*ibi: *Respondeo tertio: hæres abintestato tunc admittitur,si habilis est; in his tamen bonis,quibus fœmina est exclusa; non admittitur, vt in officijs mox dicemus copiosius.*

59 Con lo qual se ajusta otra conclusion de derecho, que viene a ser consequencia de todo lo que se ha fundado, y es, que quando la eleccion, ò nominacion, no tiene efecto ob impedimentum electi seu nominati,tunc succedit vacatio,*p.si electio, de electio.in* 6.el qual texto,aunque en los casos que refiere de muerte,ò renunciacion,ò impedimento oculto del electo, permite al elector que buelua a eligir,lo limita al fin,ibi: *Dummodo nil fraudu-*

dulenter egerint in præmissis. Sic Robit. *decis.* 82. *num.* 9. comprobat *Giurba d. decis.* 110. *num.* 21. ibi: *Ex his illa subcritur indubia iuris conclusio, quod si electio seu nominatio alicuius non habeat effectum, propter impedimentum in persona electi, ita vt eum inhabilem reddat, ad officium in quo fuit electus, tunc dicitur esse casum vacationis, &c.*

60 Y aplicando esta conclusion a los terminos de este pleito, le dexa, sin duda, para que su Magestad aya podido hazer merced de esta Encomienda como vacante al Conde de Belchite q̃ litiga, porque si el Marques de san Felices nõbrò a su yerno, y no le pudo nombrar ex defectu facultatis, ni pudo nombrar a su hija, ex eo de etiam defectu, & quia, vtpotè fœmina, non erat capax huius cõmendæ, viene a resultar por consequencia legitima, que huuo vacante ex omni capite, y que su Magestad pudo hazer merced de ella al Conde que la tiene en su fauor.

61 Hase instado por parte del Marques de Cañizar, que quãdo ni por si, ni por su muger pueda obtener, se ha de tener esta merced por hecha en fauor de su hijo, como nieto del Marques de san Felices Futurario, fundandolo en que appellatione filij comprehenduntur nepotes, y que la facultad concedida a dicho Marques de san Felices, para nombrar a vn hijo en caso de morir antes de llegar el de su futura, ha de extenderse al nieto.

62 Pero este fundamento no se ajusta, ni a los terminos del hecho deste negocio, ni a la disposicion de derecho. Lo primero, porque como se ha dicho, no estando nacido el nieto al tiempo de la muerte de dicho Marques, imò nec conceptus, no adquirio despues derecho alguno, por auerse de atender al tiempo de la muerte, y no auiendo entonces persona, a quien segun la facultad pudiesse nombrar para la futura el Marques de san Felices, quedò consumida, y debuelto el derecho in totum a su Magestad, para que en el caso de la vacante pudiesse nombrar. Lo segundo, porque aunque regularmente en succesiones perpetuas, appellatione filij comprehenduntur cæteri descendentes, *l. liberorum*, § *sed & Papirius*, *l. iusta interpretatione*, *l. filij*, *ff. de verbor. signif.* D. Couar. 3. *var. cap.* 5. *num.* 4. D. Moli. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 28. vbi *Add.* cũ alijs plurib.

63 Esto cessa, quando la materia de que se trata es odiosa, y de estrecha naturaleza, y en perjuizio del que dio la facultad, tũc enim aliter filij, aliter nepotes nuncupantur, y el nieto no se com-

prehende sub nomine filij, ex *d.l. liberorum, §. toties, ff. de verbor. signif. l. quod si nepotes, ff. de testam. tute. l. eum quidam, ff. de liber. & posth.* Bart. *in l. Gallus, §. instituens, ff. eodem,* Meno *cons.* 243. *n.* 20. *& de præsumptio. lib.* 4. *præsumpt.* 94. *n.* 4. Manti. *de coniectu. lib.* 8. *tit.* 8. *n.* 4. Peregri. *de fideicomm. arti.* 28. *n.* 33. Fusari. *de substitu. q.* 321. *n.* 65. Add ad Moli. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 29. *vers. Secundo fallit,* Casana. *cons.* 19. *num.* 1. Ramon *cons.* 65. *n.* 12. D. Larr. *decis.* 54. *num.* 19. Barbo. *voto* 70. *n.* 6. Cutelli *decis. fin. n.* 65. *to.* 1.

Ex quibus, parece ser llana la justicia del Conde de Belchite, para que se mande que corra el despacho, sin embargo de la contradiccion hecha por el Marques de Cañizar, vt speramus: Salua, &c.

Lic. Don Iuan de Giles Pretel.